

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CAROLINA CARAÍBA NAZARETH ALVES

**A EFICÁCIA DO DIREITO À MORADIA E A POSSIBILIDADE DE SUA
EFETIVAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO**

CURITIBA

2007

CAROLINA CARAÍBA NAZARETH ALVES

**A EFICÁCIA DO DIREITO À MORADIA E A POSSIBILIDADE DE SUA
EFETIVAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO**

Monografia apresentada como requisito parcial
para conclusão do Curso de Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do
Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

Co-orientador: Prof. Dr. José Antonio Peres Gediel

CURITIBA

2007

Despejo na favela¹

Adoniran Barbosa²

*Quando o oficial de justiça chegou, lá na favela
E contra seu desejo entregou pra seu Narciso
Um aviso, uma ordem de despejo, assinado seu doutor
Assim dizia a petição:
Dentro de dez dias quero a favela vazia
E os barracos todos no chão, é uma ordem superior
Ô ô ô ô, meu sinhô, é uma ordem superior
Não tem nada não seu doutor, não tem nada não
Amanhã mesmo vou deixar meu barracão
Não tem nada não, seu doutor
Vou sair daqui, pra não ouvir o ronco do trator
Prá mim não tem problema
Em qualquer canto eu me arrumo
De qualquer jeito eu me ajeito
Depois o que eu tenho é tão pouco
Minha mudança é tão pequena
Que cabe no bolso de trás
Mas essa gente aí hein, como é que faz?*

¹ Texto retirado do livro: SAULE JUNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. *O Direito à Moradia no Brasil*. Relatório da Missão Conjunta da Relatoria Nacional e da ONU, p. 29.

² “Adoniram Barbosa (1910-1982) foi um dos grandes compositores brasileiros, cantou e eternizou o dia-a-dia do povo pobre de São Paulo, a vida na favela, os despejos, a falta de luz. O poeta, que chegou de Valinhos em São Paulo em 1928 e foi entregador de marmita, varredor de fábricas, pintor de parede, carregador de malas, metalúrgico, tecelão mascate, garçom etc. era um observador de sua gente e sua cidade”. SAULE JUNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. *O Direito à Moradia no Brasil*. Relatório da Missão Conjunta da Relatoria Nacional e da ONU, p. 29.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	4
2. O QUE É O DIREITO À MORADIA?	6
2.1. O problema habitacional e sua relação com o direito à propriedade	6
2.2. O direito à moradia como direito fundamental e sua regulamentação normativa.....	14
3. A EFICÁCIA DO DIREITO À MORADIA VISTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL	21
3.1. A eficácia dos direitos fundamentais	21
3.2. A eficácia do direito à moradia	28
4. A POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA PELO PODER JUDICIÁRIO	34
4.1. As decisões judiciais como meio de efetivação do direito à moradia	34
4.2. As dificuldades e os caminhos para a efetivação do direito à moradia pelo Poder Judiciário	39
5. CONCLUSÃO	46

1. INTRODUÇÃO

O envolvimento com o tema que deu origem ao presente trabalho deu-se por acaso, durante as atividades do Projeto de Extensão “Direito e Cidadania”³, no qual pudemos ter contato com inúmeros moradores de regiões carentes e periféricas em Curitiba. O espanto e choque de realidades vieram logo nas primeiras reuniões comunitárias: o que para nós, estudantes de Direito, parecia a salvação para as inúmeras violações aos direitos fundamentais daquelas pessoas, para elas, parecia o pior mal e a última solução.

Referimo-nos ao Poder Judiciário, que nós estudantes utilizávamos em nossos discursos retóricos para mostrar àquelas pessoas como o Direito poderia ser a solução para todos os seus males. Infelizmente, foi na vivência cotidiana com as comunidades e com a pesquisa e aprofundamento dos estudos na Universidade que percebemos que eles poderiam estar certos. A busca infrutífera por jurisprudência para respaldar nossas ações e a análise de diversos casos de despejo que aconteciam toda semana nos mostraram que nem sempre o Direito e o Poder Judiciário importavam-se com as violações de direitos sofridas por pessoas carentes e sem acesso ao conhecimento e à justiça.

Foi com o aprendizado de que, às vezes, a experiência popular pode nos ensinar muito mais, em sua prática cotidiana, do que o que podemos oferecer como retribuição acadêmica, que decidimos em nossa monografia analisar o tema do direito à moradia e a possibilidade de sua efetivação pelo Poder Judiciário.

Infelizmente, tivemos uma segunda surpresa, no decorrer deste trabalho e quando pudemos analisá-lo em sua completude: a busca pelas respostas jurídicas aos problemas reais nem sempre vai levar-nos a práticas efetivas que possam ser utilizadas na vida concreta daqueles sujeitos. E é com este lamento que anunciamos que este trabalho não passa de um esboço escrito do conhecimento acumulado pela autora em sua pesquisa. Como consolo, esperamos que esse conhecimento acadêmico possa ser um dia utilizado concretamente para dar respostas reais aos problemas jurídicos das pessoas com quem trabalhamos e que tanto nos ensinaram.

³ Projeto de Extensão Universitária “Direito e Cidadania” do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, que atua com assentamentos irregulares em Curitiba e Região Metropolitana, e tinha como coordenador, à época (2004-2005), o Prof. Dr. José Antonio Peres Gediel.

O objetivo do trabalho é, então, possibilitar a compreensão inicial da problemática acerca da eficácia dos direitos fundamentais sociais, e, mais especificamente, do direito à moradia; e também indicar brevemente a possibilidade deste direito ser efetivado através das decisões judiciais, assim como os problemas e caminhos para que se dê essa efetivação.

Optamos por realizar, na primeira parte do trabalho, uma abordagem geral sobre o problema habitacional historicamente considerado, e também a análise do direito à moradia como direito fundamental e sua regulação normativa internacional e nacional. Na segunda parte, analisamos mais detalhadamente a problemática da eficácia dos direitos fundamentais em geral e também do direito à moradia. Já na terceira parte, adentramos a possibilidade, poder-se-ia até dizer necessidade, da efetivação deste direito pelo Poder Judiciário, mostrando brevemente os problemas existentes para efetivá-lo pela via judicial e os caminhos que podem ser seguidos para superá-los.

Sabemos que pela delimitação feita no conteúdo do trabalho este apenas apontará parte da discussão doutrinária acerca do tema, mas esperamos com isso poder contribuir com o debate sobre um direito que é fundamental para a própria existência das pessoas, como é o direito à moradia.

2. O QUE É O DIREITO À MORADIA?

2.1. O problema habitacional e sua relação com o direito à propriedade

Para entender o processo histórico de construção da reivindicação de um direito à moradia é necessário que se compreenda o modo como o sistema capitalista de produção permitiu que esse tema fosse trazido à tona. Assim, o objetivo desta primeira parte do trabalho é realizar uma breve contextualização histórica do chamado “problema habitacional”, que buscará levar à compreensão do panorama atual desta questão no Brasil, permitindo que se entenda o modo como esse processo levou ao reconhecimento, pelo Estado brasileiro, de um direito à moradia constitucionalmente protegido.

Com este intuito, inicia-se com uma visualização geral da situação habitacional do final do século XIX, momento em que os países europeus enfrentavam diversas crises sociais e de degradação das condições de vida da população, especialmente nas cidades com grande concentração de indústrias. Pensadores que escreveram sobre esse período, como Karl Marx, denunciaram as condições de vida miseráveis da população trabalhadora:

O lar há de ser onde o teto for mais barato; em áreas onde a polícia sanitária dá menos fruto, é mais lamentável o sistema de esgoto, menor o tráfego, máxima a imundície pública, mais miserável ou pior o suprimento de água e, em cidades, maior a falta de luz e ar. Tais são os perigos sanitários a que a pobreza inevitavelmente está sujeita, quando essa pobreza inclui carência alimentar. Se a soma desses males constitui perigo de terrível magnitude para a vida, a mera carência alimentar já é em si mesma horrível.⁴

Nesse período apareceram alguns dos primeiros escritos que sistematizaram e apresentaram soluções para a questão da crise habitacional, como os artigos escritos por Marx, Engels e Proudhon. O tema da moradia, à época, era tratado no contexto da luta dos proletários pela sua emancipação econômico-social, e estava diretamente ligado à degradação das condições de vida dos trabalhadores. Nesse

⁴ Citação de um relatório geral sobre a situação da saúde em 1863. MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*, p. 286.

sentido, Marx afirma que quanto maior fosse a acumulação capitalista, pior seria a situação habitacional dos trabalhadores:

Qualquer observador isento percebe que, quanto mais maciça a centralização dos meios de produção, tanto maior a conseqüente aglomeração de trabalhadores no mesmo espaço; que, portanto, quanto mais rápida a acumulação capitalista, tanto mais miserável a situação habitacional dos trabalhadores. As 'melhorias' (*improvements*) das cidades, que acompanham o progresso da riqueza, mediante demolição de quarteirões mal construídos, construção de palácios para bancos, casas comerciais etc., ampliação das ruas para o tráfego comercial e de carruagens de luxo, introdução de linhas de bondes puxados por cavalos etc., expulsam evidentemente os pobres para refúgios cada vez piores e mais densamente preenchidos.⁵

Engels também fornece grande contribuição ao entendimento das condições habitacionais da época e, em uma série de artigos, afirma que o problema habitacional é uma questão estrutural do capitalismo, ou seja, só poderá ser superado com sua abolição.⁶ Já Proudhon trata da questão pelo viés da propriedade, afirmando categoricamente que esta é um roubo e que é a causa de existir tanta dor e miséria na sociedade, sendo o caminho natural da história abolir a propriedade privada.⁷

Analisando-se o momento histórico acima apresentado, no qual surgiu a preocupação com a moradia como local de proteção e segurança do indivíduo, percebe-se que a análise do problema habitacional não pode ser desvinculada do contexto histórico que trouxe à tona tal questão. No que concerne ao tema, Villaça afirma que não é correto explicar o problema da falta de moradias através da descrição cronológica das condições habitacionais dos oprimidos (senzala, cortiço, vila operária, favela etc.), uma vez que o momento histórico que produziu cada uma

⁵ O trecho faz referência às cidades inglesas no final do século XIX. MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*, p. 286-287.

⁶ "(...) não é a solução do problema da habitação que resolve ao mesmo tempo a questão social, isto é, [é] a abolição do modo de produção capitalista, que tornará possível a solução do problema da habitação. Querer resolver esta última mantendo as grandes cidades modernas é absurdo". ENGELS, Frederick. *Questão do alojamento*, p. 97.

⁷ "Por que então a essa outra pergunta: o que é a propriedade?, não posso eu responder da mesma maneira: é um roubo (...). Antecipo-me alguns dias na História; expondo uma verdade cuja passagem nós tentamos em vão barrar; escrevo o preâmbulo de nossa futura Constituição." PROUDHON, Pierre Joseph. *A propriedade é um roubo e outros escritos anarquistas*, p. 20-21.

dessas condições tem peculiaridades que não podem ser relevadas.⁸ Além disso, somente com o advento do capitalismo é que se pode tratar o problema habitacional da forma como hoje ele é analisado:

Não havia 'problema' da habitação para o escravo, quer no Brasil, quer na Grécia antiga, inclusive e especialmente porque o escravo não tinha direito à habitação. O próprio direito era então conceituado de forma totalmente diversa da de hoje, no Brasil do século XVIII ou na Grécia antiga. A formulação da questão da habitação não pode ser desvinculada das determinações fundamentais que historicamente a engendram. (...) O que entendemos por problema da habitação, surge com o 'homem livre' produzido pelo capitalismo e com as configurações históricas engendradas por esse modo de produção (...)"⁹

Contemporaneamente, muitos autores criticam e complementam as idéias desenvolvidas no período da chamada "revolução industrial", mostrando que faltou aos pensadores dessa época perceber que a exploração do trabalho e os problemas habitacionais não têm uma ligação direta, mas que a relação entre eles é intermediada pelos mercados de terras e imobiliário. É o modo de funcionamento desses mercados, que atuam dentro de determinado modelo de distribuição de riquezas, que irá estabelecer os padrões de consumo habitacional.¹⁰

No Brasil, essas teorias, que já emergiam na Europa no final do século XIX, só foram introduzidas no meio acadêmico a partir da década de 70, momento em que os processos de ocupação irregular dos territórios das cidades foram reconhecidos como tema de estudo científico nas Universidades, havendo a associação desses processos com o fenômeno da pobreza urbana.¹¹

Dessa forma, no início da década de 80, Ribeiro e Pechman já denunciavam as explicações simplistas que eram construídas na tentativa de se analisar a falta de moradias nas grandes cidades. Uma das teorias em voga à época (e, de certa forma, ainda hoje) era a do déficit habitacional, ou seja, o problema da falta de habitação e do surgimento de habitações precárias estaria no desequilíbrio entre o rápido aumento populacional e o lento processo de construção de novas moradias. Essa explicação é rechaçada pelos autores acima citados sob o argumento de que a

⁸ VILLAÇA, Flávio. *O que todo cidadão precisa saber sobre habitação*, p. 10.

⁹ VILLAÇA, Flávio. *O que todo cidadão precisa saber sobre habitação*, p. 10-11.

¹⁰ RIBEIRO, Luiz C. de Queiroz; PECHMAN, Robert M. *O que é questão da moradia*, p. 16-17.

¹¹ VALLADARES, Lícia do Prado. *A invenção da Favela: do mito de origem a favela.com*, p. 119.

demanda solvável no capitalismo é constituída apenas pelas pessoas que têm condições financeiras de adquirir certo bem. Nesse raciocínio, o problema não estaria na falta de moradias à venda, mas sim na falta de condições da população para adquirir esses bens, ou seja, grande parte da população estaria excluída do mercado de consumo de moradias por não possuir renda mínima para adquiri-las.¹²

De acordo com esses mesmos autores, seriam duas as razões pelas quais muitas pessoas estariam excluídas do mercado formal de produção de moradias: primeiramente, em vista da profunda desigualdade de distribuição de renda; e em segundo lugar, pelas condições que regeriam a produção capitalista de moradias no Brasil, impondo um elevado preço às habitações nas cidades.¹³

Em relação à segunda questão, um dos problemas do elevado valor das moradias é o fato de a produção habitacional acontecer de forma descontínua no tempo e no espaço, já que os investimentos no setor são feitos de acordo com a demanda local e também com a disponibilidade de áreas para construção.¹⁴

Santos, que na década de 70 realizou estudos nas favelas do Rio de Janeiro, explica como se dá o processo de valorização do solo urbano, mostrando que o valor do solo não tem relação direta com suas características intrínsecas, mas sim com fatores como: localização, acesso a equipamentos urbanos, déficit habitacional, ritmo e tipo de crescimento econômico etc. Isso significa que:

o preço do solo urbano é um fenômeno exclusivamente social, ou como diz Granelle, “a sociedade é o único autor do capital fundiário urbano” (...) A renda fundiária urbana é o mecanismo através do qual um valor criado pela sociedade é confiscado pelo proprietário fundiário e o seu montante depende da escassez produzida pelo investimento social feito e a fazer, face aos utilizadores potenciais e concorrentes do solo. O preço do solo urbano, estabelecido com base na capitalização da renda à taxa de juro médio, inclui sempre um valor decorrente da antecipação da renda futura a proporcionar pelo solo. Este valor antecipado é definido com base em cálculos e circunstâncias que não são em geral aceites ou conhecidos por

¹² RIBEIRO, Luiz C. de Queiroz; PECHMAN, Robert M. *O que é questão da moradia*, p. 8-9.

¹³ RIBEIRO, Luiz C. de Queiroz; PECHMAN, Robert M. *O que é questão da moradia*, p. 9.

¹⁴ A questão da possibilidade ou não de industrialização do setor é complexa, e não será abordada neste trabalho por não ser necessária à concretização de seu objetivo final. Sobre o tema consultar: RIBEIRO, Luiz C. de Queiroz; PECHMAN, Robert M. *O que é questão da moradia*. São Paulo: Brasiliense, 1983; e VILLAÇA, Flávio. *O que todo cidadão precisa saber sobre habitação*. São Paulo: Global, 1986.

todos os intervenientes na transação. Há algo de essencialmente especulativo nas transações de terrenos (...).¹⁵

Desse modo, pode-se perceber que na base da questão da moradia está o que foi chamado por Ribeiro e Pechman de problema fundiário, ou seja, o fato de que a propriedade da terra necessária para construção de moradias é monopólio de alguns proprietários,¹⁶ e que o valor desse bem é construído pelo mercado imobiliário levando em consideração fatores múltiplos, em geral diversos das necessidades sociais daqueles que não têm moradia.

Esses autores ainda ressaltam que a terra é um bem escasso, não podendo ser reproduzido pelo homem. Sendo assim, o proprietário da terra poderá lucrar mesmo que em nada contribua para a reprodução do capital e para a produção de mercadorias.¹⁷

Nesse mesmo sentido, Martins, citado por Alfonsin, afirma que a renda capitalista da terra tem o caráter de tributo social frente a todos aqueles que não a possuem, já que a sociedade como um todo paga pelo fato de que apenas uma classe, a dos proprietários, detenha o monopólio da terra. Para exemplificar, ele explica que quanto maior a necessidade de frutos da terra para alimentar a todos, maior é a parcela da riqueza que a sociedade estará disposta a repartir com os proprietários para que esses alimentos sejam produzidos.¹⁸

Com base nesses argumentos, pode-se perceber que a questão da moradia está intrinsecamente relacionada ao tema da apropriação privada do bem terra e, por isso, é importante analisar brevemente as recentes teorizações que apontam para uma mudança no conteúdo da propriedade, e principalmente, que relacionam a possibilidade de se concretizar o direito à propriedade apenas no momento em que esta cumpra sua função social. Como se verá adiante, a existência de propriedades

¹⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. O Estado, o Direito e a Questão Urbana. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda (Org.). *Conflito de Direito de Propriedade. Invasões Urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, citado por ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e moradia*, p. 92.

¹⁶ RIBEIRO, Luiz C. de Queiroz; PECHMAN, Robert M. *O que é questão da moradia*, p. 27-34.

¹⁷ Aqui os autores utilizam conceitos marxistas para explicar como o proprietário lucra com sua propriedade particular. Consultar: RIBEIRO, Luiz C. de Queiroz; PECHMAN, Robert M. *O que é questão da moradia*, p. 31-34.

¹⁸ MARTINS, José de Souza. *Os camponeses e a política no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1983, citado por ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e moradia*, p. 89-90.

que não cumprem sua função social diminui a possibilidade de concretização de outros direitos, como o direito à moradia.

Para uma abordagem inicial desse tema, diversos autores ressaltam a importância do solo para a manutenção da vida, argumentando que a apropriação desse bem por poucos pode levar a problemas incontornáveis.

Nesta toada o faz Hedemann, citado por Alfonsin:

O solo é incomensurável em seu valor, tanto para os particulares como para o povo em seu conjunto. Nele se radicam a fonte de alimentação das gentes, as riquezas criadoras dos instrumentos elementares para a satisfação das incontáveis necessidades vitais, e todo sistema habitacional dos seres humanos. Dele se extraem as substâncias curativas e de fortalecimento, as possibilidades inesgotáveis de recreio e lazer, e, sobretudo, nele se exerce, basicamente, a liberdade essencial do homem de ir e vir. O solo é toda a hipótese e possibilidade de vida.¹⁹

Nesse mesmo sentido, Marés faz a diferenciação entre os termos terra e propriedade, mostrando que:

(...) a terra ainda é sinônimo de vida, apesar de tanta matança ter havido em seu nome. E é vida não só porque oferece frutos que matam a fome, mas porque purifica o ar que se respira e a água que se bebe. Fosse pouco, dá ainda o sentido do viver humano, sua referência, sua história, sua utopia e seu sonho. (...)

A cultura que confunde a terra e sua função humana, social, com o direito abstrato de propriedade, exclusivo e excludente, faz uma opção contra a vida.²⁰

Pensadores clássicos, como Rousseau, já argumentavam que a origem da desigualdade entre os homens estava, entre outros fatores, na propriedade privada da terra:

O verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer *isto é meu* e encontrou pessoas

¹⁹ HEDEMANN, Justus Wilhelm. Tratado de derecho civil – Derechos reales. Madri, 1955. In: CHALUB, Melhim Namem. *Propriedade imobiliária, função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, citado por ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e moradia*, p. 70.

²⁰ MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*, p. 15.

suficientemente simples para acreditá-lo. Quantos crimes, guerras, assassínios, misérias e horrores não pouparia ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: 'Defendei vos de ouvir esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém!'²¹ (grifo no original)

Na busca por amenizar os efeitos prejudiciais que a propriedade privada (especialmente quando concentrada por poucos proprietários) pode trazer ao desenvolvimento social da coletividade, construções teóricas e legislativas trouxeram a idéia de que a apropriação da terra está condicionada a limites, formulando o que se chama atualmente de função social da propriedade²².

Esse conceito foi introduzido pela Constituição de Weimar, em 1919, quando se afirmou a idéia de que a propriedade gera obrigações.²³ Assim, o conceito de função social está relacionado ao uso da propriedade, ou seja, à forma como os poderes e faculdades inerentes ao direito de propriedade são exercidos.²⁴

Novoa Monreal, citado por Alfonsin, explica que o objetivo da garantia da função social é exigir que o direito à propriedade seja exercido com respeito aos interesses do Estado, o qual representa os desígnios máximos da coletividade, que por sua vez permite ao proprietário a apropriação da coisa, não podendo este, então, fazer uso do bem de forma contrária aos interesses coletivos.²⁵

Sobre o mesmo tema, Alfonsin ainda afirma que a terra é um espaço sobre o qual convergem direitos alheios aos do seu proprietário, e que muitas vezes têm valor muito superior a esse direito individual.²⁶ Dessa forma, ressalta que o direito de propriedade não existe por cumprir uma função social, mas só existe quando cumpre essa função. Além disso, o não cumprimento da função social de uma propriedade

²¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, p. 259.

²² Marés utiliza a expressão "função social da terra". MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*, p. 16.

²³ MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*, p. 86; e FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*, p. 17.

²⁴ FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*, p. 17.

²⁵ MONREAL, Eduardo Novoa. *El derecho de propiedad privada*. Bogotá: Themis, 1979, citado por ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e moradia*, p. 169.

²⁶ ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e moradia*, p. 72.

seria uma onerosidade excessiva, que pesaria sobre toda a sociedade.²⁷ Percebe-se, por conseguinte, que a função social está ligada ao conteúdo do direito de propriedade, e que o proprietário que não a cumpre está causando um ônus a toda a sociedade.

Infelizmente, como demonstra cotidianamente a realidade das cidades brasileiras, a grande parte das propriedades urbanas está longe de cumprir sua função social, mesmo estando esse princípio preconizado em nossa Constituição²⁸. Esse e outros fatores apontados nessa primeira parte do trabalho permitem compreender, em parte, as razões pelas quais uma parte considerável da população brasileira sobrevive em condições habitacionais completamente inadequadas, como pode ser vislumbrado no discurso proferido pelo Relator Especial das Nações Unidas para a moradia adequada, Miloon Khotari, após trabalho realizado no Brasil:

Como um ponto de partida eu gostaria de enfatizar a grave situação relativa aos sem-teto, aos sem-terra, ao déficit habitacional e a inadequação das habitações que ainda prevalecem no país como um resultado da histórica discriminação contra as comunidades negras e indígenas, além da marginalização da pobreza. (...)

O país enfrenta um enorme desafio relativo à progressiva implementação do Direito à Moradia Adequada sob a ótica dos direitos humanos. Algumas estatísticas as quais eu tive acesso ilustram os desafios que estão envolvidos na questão da moradia. O déficit habitacional está estimado em mais de 6 milhões de unidades de moradia. Dentre os brasileiros diretamente afetados pelo déficit habitacional, 97,2% não tem acesso ao crédito. A mesma porcentagem dos diretamente afetados possuem uma renda inferior a 5 (cinco) salários mínimos por mês. 40% do déficit habitacional se encontra no Nordeste. Pelo menos 6,5 milhões de pessoas vivem em favelas. E apesar de todos estes dados apenas a metade dos municípios no Brasil vem desenvolvendo algum tipo de política habitacional. Um número ainda menos expressivo desenvolve tentativas sérias, a nível prático, para promover o Direito à Moradia Adequada, o que necessariamente implica em oferecer atenção especial aos grupos marginalizados e vulneráveis.²⁹

²⁷ ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e moradia*, p. 199.

²⁸ Art. 5º, XXIII da Constituição Federal.

²⁹ Observações preliminares do Relator Especial das Nações Unidas para a moradia adequada, Miloon Khotari, em sua missão ao Brasil (de 30 de maio a 11 de junho 2004). Texto extraído de *Coletiva de Imprensa* realizada no dia 11 de junho 2004. Disponível em:

Esse panorama, além de afirmar a relevância do tema, demonstra que a situação fática da população brasileira está longe de alcançar os avanços que vêm sendo obtidos no meio legislativo com relação à proteção do direito à moradia, e, para compreender melhor essa situação, será necessário, a seguir, conhecer a proteção jurídica que é dada a esse direito atualmente, especialmente em relação ao ordenamento pátrio.

2.2. O direito à moradia como direito fundamental e sua regulamentação normativa

Para caracterizar o direito à moradia no contexto do ordenamento jurídico brasileiro é necessário compreender-se, inicialmente, o panorama atual dos direitos fundamentais³⁰, especialmente dos chamados direitos sociais, entre os quais se inclui o direito em tela.

No tocante ao tema, acompanhando o pensamento de Sarlet, pode-se dizer que os direitos fundamentais estão inseridos em um contexto de crise do Estado e do direito, em que os cidadãos desacreditam na possibilidade de verem efetivadas as garantias constitucionais clássicas, dentre as quais se incluem os direitos sociais. Um dos fatores que contribui para esse cenário é a diminuição dos poderes e funções estatais, como melhor explica o autor mencionado:

Na medida em que – por conta da política e da economia do “Estado mínimo” propalado pelo assim designado “consenso neoliberal” – aumenta o enfraquecimento do Estado democrático de Direito (necessariamente um Estado “amigo” dos direitos fundamentais) e que esta fragilização do Estado e do Direito tem sido acompanhada por um incremento assustador dos níveis de poder social e econômico exercidos pelos grandes atores do cenário econômico, que justamente buscam desvencilhar-se das amarras

http://www.polis.org.br/tematicas.asp?cd_camada2=120&cd_camada3=&cd_camada4=. Acesso em: 16 ago. de 2007.

³⁰ Na definição de Canotilho: “As expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 393.

do poder estatal, coloca-se a indagação a respeito de quem poderá, com efetividade, proteger o cidadão e – no plano internacional – as sociedades economicamente menos desenvolvidas. Neste sentido, insere-se a aguda observação de Ferrajoli, alertando para a crise vivenciada pelos sistemas democráticos, identificando o surgimento daquilo que denomina de “empresas-partido” e “empresas-governo”, já que as privatizações e a crescente desregulamentação tem tido como seqüela um aumento da confusão entre os interesses do governo e os interesses privados dos agentes econômicos, por sua vez, cada vez mais entrincheirados no próprio Estado (governo), e que estão capitaneando o processo de flexibilização e, por vezes, de quase aniquilamento de boa parte das conquistas sociais.³¹

Diminuída a possibilidade de o Estado garantir os direitos fundamentais e as instituições democráticas, e frente ao nível alarmante de exclusão social que se tem no país, a própria noção de cidadania fica ameaçada, refletindo diretamente na falta de confiança que se tem de que os direitos fundamentais possam realmente assegurar um mínimo existencial^{32.33}. Nesse contexto, o próprio direito à moradia, inserido expressamente no texto constitucional apenas em 2000, já nasce em meio a uma crise de efetividade³⁴, já que basta olhar pela janela, mesmo nas cidades brasileiras de médio porte, para se constatar inúmeras violações a este direito.

Apesar dessa problemática, que envolve os direitos sociais como um todo e que pode levar à descrença na efetividade advinda da positivação desses direitos, importa compreender brevemente a forma como o direito à moradia insere-se no contexto nacional e internacional, especialmente quanto à sua normatização nos documentos legislativos.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 3.

³² Utiliza-se aqui o conceito de Barcellos: “(...) o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual (...)”. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 197.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 3-4.

³⁴ Utiliza-se aqui a conceituação exposta por Barroso, qual seja: “A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.” BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 82-83; e p. 290.

Neste diapasão, resta consignar que o primeiro documento legislativo internacional que expressamente mencionou a proteção ao direito à moradia foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, que coloca a habitação como um dos requisitos necessários para que a pessoa tenha um padrão de vida adequado.³⁵ A partir desse documento, diversas outras normas internacionais vieram a regular de forma ou outra o direito à moradia³⁶, podendo-se destacar, por sua importância, duas declarações resultantes de conferências promovidas pela ONU: a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos – Habitat I, de 1976; e a Declaração de Istambul – Agenda Habitat II, de 1996. O grande avanço consignado nessas declarações foi o fato de a moradia ter sido considerada um direito básico da pessoa humana (Habitat I) e de o direito à moradia ter sido reconhecido como um direito fundamental de realização progressiva, com previsão quanto ao seu conteúdo e extensão, além da menção quando às responsabilidades gerais e específicas dos Estados signatários (Habitat II).³⁷

Na doutrina jurídica brasileira, diversos autores afirmam que o direito à moradia já estava garantido pela Constituição de 1988 mesmo antes da promulgação da Emenda Constitucional nº. 26, de 2000. Os dispositivos mais citados para fundamentar tal posição são: o art. 7º, IV, que coloca a moradia como um dos elementos vitais que deve ser atendido pelo salário mínimo; o art. 24, IX, que trata da competência comum entre União, Estados e Municípios para promoção de programas relacionados à construção de moradias e melhorias habitacionais; além dos dispositivos sobre a função social da propriedade e o usucapião especial urbano.³⁸

Após a inclusão do direito à moradia no rol dos direitos sociais da Constituição Federal, no artigo 6º, não há mais dúvida de que esse é um direito

³⁵ SAULE JUNIOR. Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 89-90.

³⁶ Saule cita os principais instrumentos que abarcam a proteção internacional ao direito à moradia: “*Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)*, *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)*, *Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965)*, *Convenção sobre os Direitos da Criança (1989)*, *Convenção Internacional de Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e membros de sua família (1977)*, *Convenção Internacional sobre o Estatuto dos Refugiados (1951)*”. SAULE JUNIOR. Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 90.

³⁷ SAULE JUNIOR. Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 121-123; e SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 5.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 6; e SAULE JUNIOR. Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 166-167.

fundamental consagrado por nosso ordenamento. Além disso, fica clara a estreita ligação entre esse direito e o princípio da dignidade da pessoa humana, já que, como se verá melhor adiante, o conteúdo do direito à moradia intenta garantir condições materiais mínimas para a existência digna da pessoa.

Conseqüentemente, e para os fins deste trabalho, o direito à moradia será tratado como um direito social³⁹, já que, mesmo que este possa apresentar em algum momento um viés patrimonial, é fundamentalmente seu caráter prestacional e defensivo de proteção da dignidade humana que deve ser ressaltado e protegido.⁴⁰

A respeito do tema, esclarece Sarlet:

Com efeito, sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.⁴¹

Ainda no âmbito do ordenamento nacional, importante avanço legislativo foi a publicação do Estatuto da Cidade, Lei Federal nº. 10.257/01, que veio regulamentar o planejamento das cidades e fixar diretrizes gerais para a política urbana, sendo suas principais inovações, no que tange à efetivação do direito à moradia, a introdução de requisitos para que uma propriedade urbana cumpra sua função social, e a definição do conceito de função social da cidade, que se resume na possibilidade de todos os habitantes terem as mesmas condições de acesso à infraestrutura e serviços, sem que sua situação financeira seja condicionante de seu usufruto do que a cidade oferece.

Analizados brevemente alguns dos principais documentos legislativos que positivaram o direito à moradia, tanto no âmbito internacional quanto no nacional, cumpre agora tentar delimitar o conteúdo e a extensão desse direito para,

³⁹ Utiliza-se aqui a definição de José Afonso da Silva: “(...) podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 285-286.

⁴⁰ ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e moradia*, p. 203.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 7.

posteriormente, identificar-se suas principais características no âmbito dos direitos fundamentais sociais, devendo-se, para isso, iniciar com a distinção entre o direito à propriedade e o direito à moradia.

Defende-se o direito à moradia como direito fundamental autônomo⁴², ainda que, em algumas situações, ele possa depender de outros direitos para sua concretização, como em casos em que se relaciona ao direito à propriedade. Ainda que o titular de uma propriedade possa vir a ter sua moradia garantida, não é apenas por meio da propriedade que essa garantia pode se dar, mas também através da posse, como no caso de utilização de terrenos públicos para moradias mediante concessão de uso.

Além disso, como indica Sarlet, existe uma diferença de fundamentalidade substancial (material) entre o direito à propriedade e o direito à moradia, já que a existência digna do ser humano está intrinsecamente ligada ao fato de este ter um local de abrigo, mas não ao fato de ter uma propriedade. Por essa razão esse autor defende que, muitas vezes, o direito à moradia poderá assumir posição preferencial em relação ao direito à propriedade, inclusive para justificar restrições necessárias a esse direito, que já está constitucionalmente delimitado pelo cumprimento de sua função social.⁴³

Nas palavras desse autor:

(...) basta aqui lembrar a evidência de que mesmo sem a propriedade sobre um bem imóvel a pessoa, por si só, não estará necessariamente privada de uma vida digna, o que, por outro lado, inevitavelmente ocorrerá em não dispondo de uma moradia com padrões compatíveis com uma vida saudável. Por outro lado, já se apontou – com acuidade e sensibilidade – para uma noção de propriedade conectada com as exigências de uma vida digna, isto é, de uma propriedade tutelada na medida em que cumpre precisamente uma função existencial e não meramente patrimonial. Tal enfoque, em verdade, acaba por remeter-nos à discussão em torno da própria fundamentalidade do direito de propriedade, que, visto sob prisma

⁴² Nesse sentido: SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 167; SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 8; ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e moradia*, p. 36.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 8.

eminentemente patrimonial, poderia ser – como há quem sugira – considerado fundamental em sentido apenas formal (...).⁴⁴

Quanto ao conteúdo do direito à moradia, deve-se ressaltar que nossa Carta Constitucional não delimitou os requisitos para que se considere efetivado esse direito, entretanto, já tendo sido esclarecida a conexão existente entre esse e o princípio da dignidade da pessoa humana, é de se considerar que o direito à moradia só restará garantido quando se atingirem parâmetros mínimos indispensáveis a uma vida saudável.⁴⁵ No cenário internacional, contudo, alguns tratados ousaram determinar elementos mínimos que devem estar presentes para que se considere cumprido esse direito.

O documento internacional que teve maior precisão na delimitação do conteúdo do direito à moradia foi o Comentário Geral nº. 4 sobre o Direito à moradia adequada da ONU⁴⁶, que considera que a avaliação sobre a adequação ou não de uma moradia deve ser realizada em conformidade com as condições climáticas, sociais e econômicas locais, entre outras, mas que, independentemente dessas peculiaridades, existem elementos que sempre devem estar presentes,⁴⁷ sendo esses: a) segurança jurídica da posse; b) disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infra-estrutura; c) custo acessível; d) habitabilidade; e) acessibilidade; f) localização; g) adequação cultural⁴⁸.

Quanto a essa delimitação do conteúdo do direito à moradia, esclarece Sarlet:

Tais diretrizes, importa frisar, revelam de modo emblemático aquilo que já havia sido anunciado, no sentido de que um direito à moradia digna não pode ser interpretado como sendo apenas um “teto sobre a cabeça” ou “espaço físico” para viver, pressupondo a observância de critérios qualitativos mínimos. Que a implementação dos padrões estabelecidos pela ordem jurídica internacional reclama, por outro lado, uma exegese

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 8.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 8-9.

⁴⁶ Integrante do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1991.

⁴⁷ SAULE JUNIOR. Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 100-103.

⁴⁸ Não será feita uma abordagem mais detalhada desses elementos em vista da restrição do conteúdo deste trabalho. Sobre o tema consultar: SAULE JUNIOR. Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 102-105; e SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 8-9.

afinada com as peculiaridades de cada País e região (já que é na realidade concreta de quem mora e onde mora que se pode aferir a compatibilidade da moradia com uma existência digna), por sua vez, constitui premissa igualmente já destacada. Também por esta razão, a despeito da necessidade de padrões mínimos referenciais de caráter até mesmo supranacional, é no contexto regional e local que se poderá melhor avaliar a manifestação concreta destes critérios e as condições para o seu atendimento, o que evidencia o acerto do nosso legislador, quando da edição da Lei nº. 10.257/2001, não apenas no que diz com a terminologia adotada (Estatuto da Cidade), mas especialmente ao optar pelo estabelecimento de algumas diretrizes e regras de âmbito nacional, privilegiando, contudo, a esfera regional e, particularmente, a local.⁴⁹

Compreendida a regulamentação normativa do direito à moradia, faz-se necessário, agora, adrentar ao tema da eficácia jurídica deste direito, especialmente pelo fato dele ter se inserido em nossa Constituição como direito fundamental.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 9.

3. A EFICÁCIA DO DIREITO À MORADIA VISTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

3.1. A eficácia dos direitos fundamentais

Delimitados os elementos constitutivos do direito à moradia, faz-se necessário passar à análise deste visto como direito social inserido na discussão sobre a eficácia normativa dos direitos fundamentais.

De modo a iniciar o tema, necessário se faz analisar a questão da eficácia das normas constitucionais. Para tanto, Sarlet realiza uma breve análise das primeiras teorias que influenciaram a doutrina nacional, ressaltando a posição pioneira de Ruy Barbosa que, influenciado pelo modelo norte-americano, desenvolveu classificação sobre a eficácia das normas constitucionais que preponderou até quase o final do século passado.⁵⁰ Esta, juntamente com outras classificações clássicas, defendiam a tese de que a maioria das disposições constitucionais não era diretamente aplicável, sendo necessária a intervenção do legislador infraconstitucional para dar-lhes eficácia plena.⁵¹

Atualmente, entretanto, grande parte da doutrina nacional atribui às normas constitucionais a característica de serem diretamente aplicáveis, mesmo que as diversas concepções existentes se distingam pelos critérios e modelos de classificação. Dessa forma, torna-se importante a apresentação de algumas posições doutrinárias atuais, no intuito de contribuir para o entendimento futuro das classificações que podem ser aplicadas ao direito à moradia.

Nesse sentido, mister iniciar com a classificação desenvolvida por José Horácio Meirelles Teixeira, o qual afirma que sempre haverá algum tipo de eficácia nas normas constitucionais, dividindo essas em normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada ou reduzida, ressaltando o caráter gradual de eficácia dessas últimas, que deve variar entre um mínimo e um máximo.⁵²

⁵⁰ “(...) Ruy Barbosa, entusiasta do modelo norte-americano, inspirou-se preponderantemente nas obras dos grandes clássicos do direito constitucional estadunidense, bem como nas decisões da Suprema Corte e outros importantes Tribunais daquele país, acolhendo a distinção entre normas auto-aplicáveis (ou auto-executáveis) e normas não-auto-aplicáveis (ou não-auto-executáveis), denominadas pela doutrina americana, respectivamente, de normas self-executing, self-acting, ou self-enforcing e normas not self-executing, not self-acting, ou not self-enforcing”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 252.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 255.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 257.

Em posição ligeiramente diversa, encontra-se a classificação tricotômica de José Afonso da Silva, que divide as normas constitucionais em: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada. As primeiras seriam as que independem de atuação do legislador para produzirem seus efeitos essenciais, já que têm aplicabilidade direta, imediata e integral desde a promulgação da Constituição.⁵³ As normas de eficácia contida seriam as de aplicabilidade direta, imediata, mas nem sempre integral, já que o constituinte, ao estabelecê-las, permitiu que sua aplicação fosse restringida pela atuação do Poder Público nos termos estabelecidos em lei.⁵⁴ Por último, normas de eficácia limitada seriam aquelas que demandam intervenção legislativa para gerarem efeitos, sendo de aplicabilidade indireta e reduzida. Neste grupo se encaixariam as chamadas normas programáticas⁵⁵.⁵⁶

Posição que também merece destaque por contribuir para os fins deste trabalho é a de Celso Antônio Bandeira de Mello, que estabelece classificação baseada na possibilidade de o sujeito exigir imediato cumprimento das normas constitucionais perante o Poder Público. Sendo assim, divide as normas constitucionais entre: as que outorgam um poder, as que outorgam um direito e as que apenas expressam uma finalidade.

As primeiras são aquelas que criam para o sujeito “*uma situação subjetiva ativa cujo desfrute independe de uma prestação alheia*”⁵⁷, e que requerem apenas uma abstenção do Poder Público para sua satisfação. As normas que outorgam um direito são as que concedem ao sujeito uma utilidade concreta, passível de desfrute, mas que dependem “*de que a norma constitucional haja desenhado uma conduta de outrem (geralmente do Estado) em termos que permitam reconhecer qual o comportamento específico deste terceiro capaz de dar concreta satisfação à*

⁵³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 81-87.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 103-105.

⁵⁵ Seguiu-se aqui o conceito de José Afonso da Silva: “(...) podemos conceber como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 138.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 117-121.

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, p. 242.

*utilidade deferida*⁵⁸. Por fim, restam as que apenas expressam uma finalidade a ser cumprida pelo Poder Público, sem apontar os meios necessários para atingi-la.⁵⁹

Apesar de afirmar que as normas inseridas neste último grupo não conferem fruição alguma nem permitem exigir algum desfrute por parte do sujeito, o autor afirma que delas se pode “*deduzir imediatamente que é proibida a edição de normas ou a prática de comportamentos antagônicos ao disposto no preceptivo*”⁶⁰. Além disso, essas regras “*conferem, de imediato, ao administrado direito a: a) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à prática de comportamentos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceito constitucional; b) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção preconizados por estas normas, sempre que estejam em pauta interesses constitucionais protegidos por tais regras*”⁶¹.

Com base nas teorias expostas, conclui-se então, na esteira dos ensinamentos de Sarlet e de grande parte da doutrina, que todas as normas constitucionais têm um mínimo de eficácia, que varia de acordo com sua normatividade, e que resulta na sua aplicabilidade direta, dentro dos limites eficaciais de cada norma.⁶² Além disso, acrescenta este autor:

Não é outro o entendimento que se recolhe do direito comparado, razão pela qual cumpre aproveitar a oportunidade para referir a abalizada e paradigmática lição do renomado publicista espanhol García de Enterría, que, partindo de uma concepção substancial da Constituição e reconhecendo o caráter vinculante reforçado e geral das suas normas, sustenta que na Lei Fundamental não existem declarações (sejam elas oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) destituídas de conteúdo normativo, sendo que apenas o conteúdo concreto de cada norma poderá precisar, em cada caso, qual o alcance específico de sua carga eficaz.⁶³

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, p. 242.

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, p. 243.

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, p. 243.

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, p. 243.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 266.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 266.

Esclarecida a questão da eficácia das normas constitucionais, cumpre tratar da problemática da eficácia das normas instituidoras de direitos fundamentais inseridas em nossa Constituição.

Quanto ao tema, corrobora-se o entendimento de que essas normas têm aplicabilidade imediata, por força do disposto no art. 5º, § 1º da Constituição⁶⁴. Para a defesa de tal posição espelha-se, entre outros autores, na posição de Barroso, para quem “*as normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa*”⁶⁵. Além do mais, esse mesmo autor complementa que por mais que possa parecer pouco lógica a existência de regra afirmando a aplicabilidade das normas constitucionais, é justamente pela ocorrência reiterada de práticas que negam tal preceito que é forçosa sua formalização.⁶⁶

Necessário se faz compreender, também, que apesar das diferentes posições doutrinárias, que vão desde as que advogam a aplicabilidade imediata de todas as normas de direito fundamental até as que sustentam sua eficácia apenas nos termos da lei, deve-se concordar com a posição de que todas as normas constitucionais têm eficácia e aplicabilidade, mesmo que sob graduações diferentes, sob pena de se esvaziar totalmente o conteúdo dos direitos fundamentais.⁶⁷

Nesta toada, segue-se o entendimento de Canotilho, no sentido de que a interpretação dos princípios constitucionais, especialmente os de direito fundamental, deve ser realizada de forma a se reconhecer a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, obrigando os órgãos estatais a atribuírem à norma constitucional “*o sentido que maior eficácia lhe*

⁶⁴ Quanto à problemática desta norma ser aplicável a todos os direitos fundamentais ou apenas aos direitos individuais e coletivos concorda-se com Sarlet: “*Em que pese a circunstância de que [a] situação topográfica do dispositivo poderia sugerir uma aplicação da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF apenas aos direitos individuais e coletivos (a exemplo do que ocorre com o § 2º do mesmo artigo), o fato é que este argumento não corresponde à expressão literal do dispositivo, que utiliza a formulação genérica ‘direitos e garantias fundamentais’, tal como consignada na epígrafe do Título II de nossa Lex Suprema, revelando que, mesmo em se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição, nem mesmo aos (...) direitos individuais e coletivos do art. 5º*”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 274.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 86. Nesse mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 297.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 139-140.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 276.

de⁶⁸, quando da análise do caso concreto.⁶⁹ Isso faz com que, nos casos que envolvam direitos fundamentais, o aplicador da norma não possa basear-se na lógica do tudo ou nada, devendo estabelecer graduações de aplicabilidade e eficácia da norma.⁷⁰

Ainda no tocante ao tema, Sarlet afirma:

Isto significa, em última análise, que, no concernente aos direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem a condição de regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto, no âmbito de uma exegese calcada em cada norma de direito fundamental e sempre afinada com os postulados de uma interpretação tópico-sistemática (...).⁷¹

Analisando a questão por um viés diferente, Barcellos estabelece modalidades de eficácia jurídica dos princípios, afirmando que apesar de ser esperado que a norma alcance na realidade todo o sentido o qual pretendia produzir, isso nem sempre ocorre, já que o ordenamento jurídico muitas vezes não atribui à norma a eficácia jurídica que lhe possibilite chegar ao efeito pretendido.

Desta sorte, trata a autora das modalidades de eficácia jurídica: positiva, negativa, interpretativa, vedativa de retrocesso, de nulidade, de ineficácia, de anulabilidade, de penalidade, e outras.⁷² Para efeitos deste trabalho, analisar-se-á apenas as três primeiras modalidades listadas.

A modalidade de eficácia jurídica positiva é a que cria “*um direito subjetivo para aquele que seria beneficiado ou simplesmente atingido pela realização dos efeitos da norma e não o foi, de modo que ele possa exigir judicialmente que os referidos efeitos se produzam*”⁷³. Por conseguinte, as normas que têm essa modalidade de eficácia são as que têm maior capacidade para atingir os efeitos pretendidos inicialmente.

Outra modalidade que interessa aqui analisar é a de eficácia jurídica negativa, que está relacionada especialmente às normas-princípios constitucionais, como

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1224.

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1224.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 13.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 285.

⁷² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 61.

⁷³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 62.

denomina a autora. Essa eficácia “*autoriza que sejam declaradas inválidas todas as normas ou atos que contravenham os efeitos pretendidos pela norma*”⁷⁴. Neste tocante, é importante ressaltar que a efetivação dessa modalidade pressupõe que seja realizado um ato comissivo, como um acontecimento ou a criação de alguma norma.

Por derradeiro, a modalidade interpretativa é aquela em “*que se pode exigir do Judiciário que as normas de hierarquia inferior sejam interpretadas de acordo com as de hierarquia superior a que estão vinculadas*”⁷⁵. A autora ainda observa que essa modalidade poderá ocorrer mesmo com princípios inseridos na Constituição, já que apesar de não haver superioridade entre eles e as demais normas constitucionais, deve-se-lhes reconhecer uma ascendência axiológica sobre o texto constitucional como um todo. A esse respeito ainda acrescenta:

Desse modo, os princípios constitucionais vão orientar a interpretação das regras em geral (não apenas as constitucionais, é bem de ver), de modo que o intérprete se encontra obrigado a optar, dentre as possíveis exegeses para o caso, aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente. Note-se que se trata de uma modalidade de eficácia jurídica exatamente porque se pode exigir que o magistrado faça essa opção.⁷⁶

Mais adiante, as posições doutrinárias analisadas acima ajudarão a entender a eficácia imediata do direito fundamental à moradia e a necessidade de sua concretização pelo Poder Judiciário.

Resta agora tratar das chamadas condições negativa (defensiva) e positiva (prestacional) das normas de direitos fundamentais. Segue-se aqui a conceituação de Sarlet:

Enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais (...) têm por objeto precípua conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática. Enquanto a função

⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 66-68.

⁷⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 73.

⁷⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 74.

precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social.⁷⁷

Seguindo esta linha de pensamento, o referido autor afirma que os direitos de defesa, em geral, receberam da Constituição normatividade suficiente e por isso independem de concretização legislativa, já que são caracterizados pela aplicabilidade imediata e plena eficácia.⁷⁸ Além disso, não se pode argumentar que esses direitos contêm expressões vagas e abertas, já que sua característica de aplicabilidade imediata faz com que seu conteúdo deva ser preenchido através da interpretação constitucional da norma, tarefa que cabe precipuamente aos tribunais.⁷⁹ Também para esses direitos não cabe a suposição de que estariam restritos a limites orçamentários ou de que não há legitimação dos tribunais para definir-lhes um conteúdo, já que sua aplicação exige recursos ínfimos ou quase nulos, e é justamente dos tribunais a tarefa de dizer o direito nos casos controvertidos ou que necessitem do uso da analogia.⁸⁰

Quanto aos direitos prestacionais, o mesmo autor afirma que, diante do art. 5º, § 1º da Constituição, deve-se-lhes reconhecer também aplicação imediata, entretanto, quanto à eficácia de cada direito, seu alcance dependerá do modo como ele foi positivado no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto.⁸¹ Acrescenta ainda, quanto a isso, que o objeto dos direitos prestacionais, ou seja, o conteúdo da prestação, deverá ser estabelecido na análise do caso concreto, já que dificilmente se conseguirá, para essa categoria de direitos, estabelecer regras gerais e abstratas para delimitação prévia de seu conteúdo.⁸²

Tanto mais, é de se salientar que a tarefa precípua dos direitos a prestações é a de melhorar, distribuir e redistribuir os recursos existentes, criando também bens essenciais para atender as necessidades daqueles que não têm condições de satisfazê-las por si mesmos.⁸³ Finalmente, salienta Sarlet, que “o reconhecimento de

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 299.

⁷⁸ “Justamente na esfera dos direitos de defesa, a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF tem por objetivo precípua oportunizar a aplicação imediata, sem qualquer intermediação concretizadora, assegurando a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua exigibilidade em Juízo”.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 290.

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 290.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 293.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 299.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 300.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 301.

*direitos subjetivos a prestações não se deverá restringir às hipóteses nas quais a própria vida humana estiver correndo o risco de ser sacrificada*⁸⁴, acrescentando que o princípio da dignidade da pessoa humana deve servir, nestes casos, de base para que se avalie o padrão mínimo que deve ser conferido aos direitos sociais.

Analizadas algumas teorias e correntes doutrinárias acerca da eficácia dos direitos fundamentais no ordenamento brasileiro, cumpre agora adentrar no tema específico do direito à moradia para tentar entender o problema de sua eficácia como direito fundamental social.

3.2. A eficácia do direito à moradia

Tratando então da eficácia jurídica específica do direito à moradia, de acordo com o já consignado anteriormente, deve-se entender que este, por ser um direito fundamental inscrito no rol dos direitos sociais do art. 6º da Constituição, deve ter aplicação imediata, nos termos do art. 5º, § 1º desta Carta. Isso se justifica, para além dos motivos já previamente levantados, por ser o direito à moradia um preceito constitucional, ou seja, uma norma jurídica, como as demais, que não pode ser violada ou impedida de alcançar efetivação por falta de legislação específica que regule a matéria.⁸⁵

Nessa toada, Saule trata do que pode constituir essa aplicação imediata:

(...) significa, por exemplo, a adoção pelo Poder Judiciário de procedimentos internos que viabilizem as ações de usucapião urbano coletivo, tendo por objetivo simplificar as exigências documentais para a instrução da ação, da definição do procedimento e critérios pela União, Estados e Municípios para a outorga da concessão de uso especial para fins de moradia, nas áreas públicas ocupadas por população de baixa renda.⁸⁶

Esse mesmo autor ainda afirma que, além da aplicabilidade imediata, o direito à moradia tem eficácia plena, ou seja, o Estado brasileiro tem o dever imediato de

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 18-19.

⁸⁵ SAULE JUNIOR. Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 179.

⁸⁶ SAULE JUNIOR. Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 176.

adotar políticas, ações e outras medidas que possam ser depreendidas do texto constitucional de forma a efetivar esse direito, especialmente para aqueles que se encontram em estado de pobreza e miséria, em vista do objetivo de erradicação da pobreza inscrito também na Carta constitucional.⁸⁷

No que tange à distinção entre direitos de defesa e direitos a prestações, acredita-se, na linha adotada por Sarlet, que o direito à moradia, visto como direito fundamental, abrange em si diversas posições jurídicas, o que faz com que ele possa ser simultaneamente direito de defesa e direito a prestações.⁸⁸

No primeiro sentido, o cidadão não pode ser privado de uma moradia nem impedido de conseguir uma, o que coloca o direito à moradia como forma de proteção frente às violações praticadas pelos particulares e pelo Poder Público;⁸⁹ e, no segundo, se coloca como a vinculação às entidades estatais para que cumpram prestações normativas e materiais de proteção e concretização desse direito.⁹⁰ Assim, a garantia do direito à moradia seria tanto a proteção contra ingerências que venham a violar uma situação de amparo à moradia, quanto a exigência de prestações de ordem material e normativa, de modo a possibilitar à pessoa que não tem esse direito garantido uma existência com dignidade.

Analisando mais detidamente cada uma dessas posições, vê-se que grande parte da doutrina, no que concerne à dimensão prestacional dos direitos sociais, aí incluído o direito à moradia, tem preferido a posição de que estas normas são programáticas, no sentido que teriam apenas o “*objetivo de estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público*”⁹¹, não sendo possível ao cidadão ter o direito imediato a prestações definidas, já que esse direito não seria diretamente aplicável.⁹²

Mesmo os diversos Pactos internacionais que tratam do tema, entre eles o Pacto Internacional dos Direitos econômicos, sociais e culturais, de 1966, colocam o direito à moradia na posição de direito de implementação gradativa, no sentido de

⁸⁷ SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 183.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 10.

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 314.

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 7.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 114.

⁹² BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 143.

que não é possível a imediata exigência de sua total efetivação. Entretanto, estes alertam para a obrigação de que os Estados destinem os recursos necessários para que haja ao menos uma realização mínima e gradual desse direito.

Por outro lado, há autores que defendem a possibilidade de os cidadãos, titulares do direito à moradia, exigirem do Poder Público prestações materiais que lhes assegurem uma moradia condizente com as exigências mínimas de uma vida digna.⁹³ Dentre estes, Sarlet acredita que deve-se admitir a existência de “*um direito subjetivo a prestações fáticas, que possa ser objeto de reconhecimento pelos órgãos do Poder Judiciário*”⁹⁴, com base na previsão constitucional e ainda que não haja legislação específica com essa enunciação.

Acredita-se que esse tema é fundamental para a solidificação da doutrina relativa aos direitos sociais, especialmente do direito à moradia, no que toca à possibilidade de efetivação desses direitos; entretanto, pela restrição do tema deste trabalho, não se aprofundará a análise dessa matéria.

Quanto à função defensiva dos direitos fundamentais, compreendido aí o direito à moradia, não se encontra controvérsia entre os autores estudados de que o titular de um direito violado tem a possibilidade imediata de recorrer ao Poder Público no intuito de fazer cessar essa violação, sendo obrigação do Estado e dos particulares não infringirem estes direitos.⁹⁵

Em enfoque diferenciado, Barcellos, tratando das modalidades de eficácia das normas, afirma que o ideal seria que todas as normas pudessem ser postuladas perante o Judiciário em sua inteireza, contudo, por opção legislativa ou pelo trabalho hermenêutico da doutrina e jurisprudência, isso nem sempre ocorre, o que resulta em eficácia jurídica diminuta para algumas normas. Em certos casos, apesar de o legislador não ter se manifestado quanto à eficácia de determinada norma, a doutrina e a jurisprudência acabam por não reconhecer a modalidade de eficácia

⁹³ Coadunam com essa posição: SAULE JUNIOR. Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 183-184; e SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 16-18.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 18.

⁹⁵ A respeito do tema: BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 66-68; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, p. 243; SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 14; SAULE JUNIOR. Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 179.

positiva a esta, o que acontece principalmente com os princípios, como salienta a autora.⁹⁶

Por conseguinte, Barcellos tenta estabelecer critérios que orientem a identificação de quais normas estão associadas a quais modalidades de eficácia jurídica, e inicia pelo que chama de “*fundamentalidade social da circunstância regulada pela norma*”⁹⁷, que é o grau de importância ou de relevância social desta circunstância. Dessa forma, quanto maior a importância dada a determinada circunstância na sociedade, mais consistente deveria ser a modalidade a ela relacionada, sendo a de eficácia positiva a que produzirá mais efeitos na realidade.⁹⁸

O segundo critério estabelecido é o da “*fundamentalidade conferida a determinadas situações pelo próprio ordenamento jurídico*”⁹⁹. Assim, as circunstâncias que são consideradas socialmente relevantes são normatizadas pelo ordenamento, e este já trata de estabelecer distinções ou graus de importância jurídica a serem conferidas a essas regras. Para tanto, vê-se que as normas instituídas em nível constitucional têm maior importância dentro do ordenamento do que as demais, e que mesmo dentro da Constituição existem as cláusulas pétreas, que podem ser consideradas, dessa forma, as normas mais fundamentais de todo o ordenamento.¹⁰⁰

Apesar de a própria autora afirmar que infelizmente não é exatamente dessa forma que os intérpretes analisam a eficácia das normas, acredita-se que a utilização desse raciocínio poderia dar maior efetividade aos direitos fundamentais como um todo e, mais especificamente, ao direito à moradia, que está inserido no rol dos direitos sociais do art. 6º da Constituição, e sobre o qual já se analisou a relevância social no capítulo anterior.

Acredita-se, então, que o direito à moradia, como norma constitucional, tem aplicabilidade imediata, e que, em seu viés de direito de defesa, tem eficácia plena, podendo ser demandado junto ao Poder Judiciário como forma de defesa contra violações deste direito.

Para finalizar, corrobora-se o entendimento de Saule, que propõe medidas a serem realizadas para que o direito à moradia seja plenamente exercido pelos

⁹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 83.

⁹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 85.

⁹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 85.

⁹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 86.

¹⁰⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 85-86.

cidadãos, ainda que se entenda que algumas dessas medidas só conseguirão efetividade de forma gradual:

- a legitimidade de o cidadão exigir de forma imediata, as prestações e ações constitutivas desse direito, em decorrência da inércia do Estado, que pode gerar a inconstitucionalidade por omissão;¹⁰¹
- o direito de acesso à Justiça, mediante remédios legais e procedimentos judiciais eficazes destinados à proteção do direito à moradia;
- o direito de participar da formulação e implementação da política habitacional;
- a adoção de instrumentos financeiros, legais e administrativos sem nenhuma espécie de medida discriminatória em razão de sexo, raça, cor, origem social, posição econômica para a promoção de uma política habitacional que dificulte ou impeça o acesso a uma moradia adequada para a população considerada vulnerável ou excluída socialmente;
- a constituição de um sistema nacional de habitação descentralizado, com mecanismos de participação popular;
- a revisão de legislações e instrumentos de modo a eliminar normas que acarretem algum tipo de restrição e discriminação sobre o exercício do direito à moradia;
- a destinação de recursos para a promoção da política habitacional.¹⁰²

Esclarecidos estes pontos, passar-se-á adiante à análise da possibilidade de o Poder Judiciário efetivar o direito à moradia nas decisões judiciais proferidas, seguindo a linha do pensamento de Saule:

A evolução de um sistema legal cada vez mais próximo da promoção da justiça social no Brasil depende da mudança cultural da comunidade jurídica, a partir da qual seja dado o devido valor para os princípios constitucionais, e os demais princípios gerais do direito, como balizadores da solução dos conflitos sociais que envolvam conflitos de interesse

¹⁰¹ Quanto ao tema: Supremo Tribunal Federal, RE-AgR 410715, DJ 03-02-2006, Relator Ministro Celso de Mello: “*Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional*”.

¹⁰² SAULE JUNIOR. Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 183-184.

econômico e social, bem como conflitos de proteção de direitos patrimoniais e direitos sociais.¹⁰³

¹⁰³ SAULE JUNIOR. Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 143.

4. A POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA PELO PODER JUDICIÁRIO

4.1. As decisões judiciais como meio de efetivação do direito à moradia

Analisadas as modalidades de eficácia dos direitos fundamentais e do direito social à moradia em particular, passa-se agora ao exame da possibilidade de efetivação deste direito junto ao Poder Judiciário, no intuito de demonstrar que as decisões judiciais podem ser meios para concretização do direito à moradia. Serão também apreciadas as dificuldades atuais para efetivação deste direito e as necessidades de mudança neste Poder para que o direito à moradia possa ser realmente assegurado judicialmente.

Primeiramente, é importante ressaltar que o intuito desta análise não é retirar dos Poderes Executivo e Legislativo sua função de concretização dos direitos fundamentais, seja, respectivamente, por meio da execução de políticas públicas ou da produção legislativa de normas que resguardecam esses direitos. A efetivação do direito à moradia, por excelência, deve ser feita por meio da implementação de políticas públicas nacionais e locais, por meio de programas habitacionais, de regularização fundiária, de prevenção de despejos forçados, de facilitação do acesso ao crédito etc.

O que levou à escolha deste tema foi a vivência prática, a qual demonstrou muitas vezes que o Poder Judiciário é o responsável pela não efetivação desse direito, até mesmo quando há previsão legislativa expressa quanto ao tema ou quando existem esforços públicos para resolver questões conflituosas envolvendo a violação do direito à moradia.

Deparou-se, ao longo de dois anos de trabalho em um Projeto de Extensão na Universidade Federal do Paraná¹⁰⁴, com diversas sentenças judiciais que: exigiam a reintegração de posse de “proprietários” que não tinham nenhuma comprovação possessória ou mesmo título público de propriedade; que ordenavam o despejo de famílias assentadas há mais de década em áreas públicas não utilizadas (mesmo que essas já tivessem direito à concessão de uso prevista na

¹⁰⁴ Projeto de Extensão Universitária “Direito e Cidadania” do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, que atua com assentamentos irregulares em Curitiba e Região Metropolitana, e tinha como coordenador, à época (2004-2005), o Prof. Dr. José Antonio Peres Gediél.

Medida Provisória 2.220 de 2001); e que não aceitavam o pedido de usucapião coletivo de famílias que atendiam a todos os requisitos, utilizando o argumento de que a previsão legal era vaga e aberta, entre outras tantas.

Além disso, no trabalho junto às comunidades que vivem em assentamentos irregulares em Curitiba e Região Metropolitana, pode-se perceber que o Poder Judiciário é visto, em geral, como um causador de injustiças, fato confirmado, também, quando, em diversas situações, os líderes comunitários resistiam em aceitar que a melhor medida para o problema específico que enfrentavam seria a interposição de uma ação judicial, preferindo lidar com os agentes públicos das administrações locais, mesmo quando a possibilidade de se chegar a uma solução por esse meio já havia restado infrutífera anteriormente.¹⁰⁵

Essas e outras situações levaram ao questionamento quanto à atuação do Poder Judiciário frente à defesa do direito à moradia e de outros direitos fundamentais, buscando compreender qual o papel do Judiciário no enfrentamento destas questões e quais as dificuldades para a efetivação judicial destes direitos. Pela restrição do conteúdo deste trabalho tem-se clareza de que só se conseguirá dar uma visão geral e simplória do problema, entretanto, a consulta direta aos autores aqui mencionados poderá fornecer melhores respostas às questões levantadas.

Dessa forma, seguindo a linha do raciocínio desenvolvida no capítulo anterior, de que todas as normas constitucionais têm um mínimo de eficácia, e que as normas instituidoras de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, por força do art. 5º, § 1º da Constituição, não se pode deixar de acreditar que os juízes têm papel fundamental na aplicação destas normas, de modo a tornar palpável a eficácia jurídica nelas contida.

Nesse mesmo sentido, retomando o pensamento de Canotilho, que afirma que a interpretação dos princípios constitucionais deve ser realizada de forma a se reconhecer a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entende-se estarem os órgãos do Poder Judiciário obrigados a reconhecerem aos direitos fundamentais, especificamente ao direito à

¹⁰⁵ Para uma análise desse fenômeno em âmbito nacional consultar: FARIA, José Eduardo. Ordem legal x Mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. In: *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*, p. 105-108; DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, p. 37-43; e, principalmente, SAULE JUNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. *O Direito à Moradia no Brasil*. Relatório da Missão Conjunta da Relatoria Nacional e da ONU, p. 136-137.

moradia, a interpretação que lhes dê um sentido de maior eficácia, e que, por conseguinte, lhes possibilite a efetivação quando da análise de um caso concreto.¹⁰⁶ Sarlet ainda acrescenta que a norma do art. 5º “*investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos*”¹⁰⁷.

Analizando-se a questão através das modalidades de eficácia jurídica expostas por Barcellos, pode-se perceber que as eficácias negativa e interpretativa têm relação direta com a atividade jurisdicional e, por isso, devem também ser utilizadas quando da análise de casos que envolvam direitos fundamentais. No caso da eficácia negativa, ela pode ser utilizada quando o magistrado identifica a existência de uma norma que contrarie os efeitos pretendidos por uma norma de direito fundamental, podendo decidir de modo a não considerar válida a primeira, dando eficácia plena ao direito a ser resguardado.¹⁰⁸

Já a modalidade de eficácia interpretativa deve ser utilizada pelos juízes para interpretar as normas de hierarquia inferior com base nas de hierarquia superior, de modo que os princípios constitucionais deverão ser utilizados para interpretação do ordenamento jurídico como um todo. Ademais, na análise dos casos concretos, as hipóteses interpretativas deverão ser aquelas que melhor realizem o efeito pretendido pelo princípio constitucional em pauta.¹⁰⁹

Ainda com relação à interpretação das normas de direitos fundamentais, Sarlet afirma que, justamente pela característica de aplicabilidade imediata e eficácia plena destes direitos, o magistrado que se recuse a utilizar plenamente uma norma de direito fundamental para solucionar um caso concreto, alegando ausência de ato legislativo concretizador, deverá necessariamente fundamentar sua sentença, à luz do caso em tela e da norma em exame.¹¹⁰

Por outro lado, Mello acredita ser puramente ideológica “*a tese que faz depender de lei a fruição dos poderes ou direitos configurados em termos algo fluídos*”¹¹¹. Para demonstrar isso, este autor evidencia que no direito privado, penal

¹⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1224.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 13.

¹⁰⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 66-68.

¹⁰⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 73-74.

¹¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 13.

¹¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, p. 245.

ou processual também existem normas abertas, que não têm seu conteúdo plenamente definido, mas que, mesmo assim, nunca se questiona se caberia ou não ao Judiciário dar-lhes forma e utilizar plenamente essas regras. Questiona o autor por que quando se trata de normas constitucionais dever-se-á negar a possibilidade de estas normas serem plenamente aplicadas pelo juiz, inclusive com preenchimento de seu conteúdo.¹¹²

Além do mais, ressalta Mello que o intérprete da lei é verdadeiramente o Poder Judiciário, e não o Legislativo ou Executivo. É aquele que deve mostrar qual o sentido e alcance das normas, inclusive quanto ao limite do texto constitucional, já que uma palavra pode ter um sentido que varia do próprio e pertinente ao impróprio e abusivo, e é o Judiciário quem vai definir qual está sendo utilizado no caso concreto.¹¹³ Também argumenta que fazer com que uma garantia constitucional dependa de uma lei ou de um decreto para ter sua força reconhecida seria creditar a estes maior importância e normatividade do que às regras constitucionais, o que seria um absurdo.¹¹⁴

Realizando uma problematização do tema, Faria versa sobre estas categorias abstratas demonstrando que muitas vezes não se trata apenas de dar conteúdo a essas normas, mas também de se estabelecer o sentido e o alcance de certas expressões tendo em vista o contexto de desigualdade social existente em nosso país. Para exemplificar, cita as expressões “fins sociais” e “bem comum”, contidas no art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil:

Num contexto socioeconômico como o do Brasil, em que os 20% mais pobres do país detêm apenas 2% da riqueza nacional, enquanto os 20% mais ricos ficam com 66%, “sociais” e “comum” na perspectiva de quem? Longe de possuírem um significado evidente, tais conceitos expressam várias representações conflitantes entre si; em vez de propiciarem uma visão precisa do sistema jurídico, eles funcionam como barreiras ideológicas mascarando contradições sociais profundas e antagonismos inconciliáveis. Assim, em que medida todos os grupos e classes podem ter realmente os mesmos interesses “comuns” e anseios pelos mesmos fins?

¹¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, p. 245.

¹¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, p. 253.

¹¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, p. 254.

Até que ponto todos os homens situados numa formação social como a brasileira, em que a miséria e a pobreza atingem 64% da população, podem ser tomados como cidadãos efetivamente iguais entre si em seus direitos, seus deveres e em suas capacidades tanto subjetivas quanto objetivas de fazê-los prevalecer?¹¹⁵

Seguindo novamente o pensamento de Sarlet, acredita-se que, além de o juiz preencher de conteúdo as normas de direito fundamental quando da necessidade de sua aplicação ao caso concreto, este deve também guiar-se pela promoção da justiça social, e pela afirmação dos valores contidos nestes direitos.¹¹⁶ Acrescenta ainda esse autor que:

A valorização dos princípios constitucionais pela comunidade jurídica significa direcionar seus comportamentos na defesa da aplicação e utilização destes princípios que determinem a compreensão da ordem jurídica brasileira como uma ordem jurídica direcionada para viabilizar o atendimento das necessidades básicas da pessoa humana, ou seja: necessidade de garantir a dignidade da pessoa humana, de combater e reduzir as situações de desigualdades sociais e a pobreza, de dar uma efetiva proteção aos direitos humanos e de combater as formas de impunidade e corrupção no setor público e privado.¹¹⁷

Importa agora analisar a possibilidade de efetivação do direito à moradia em suas funções defensiva e prestacional através do Poder Judiciário.

Na função defensiva, como ressaltado no capítulo anterior, não há controvérsias de que o direito à moradia deva ser resguardado de quaisquer violações, tanto das realizadas pelo Estado quanto por particulares. Sarlet analisa o tema afirmando que:

O Estado, assim como os particulares, tem o dever jurídico de respeitar e de não afetar a moradia das pessoas, de tal sorte que toda e qualquer medida violadora do direito à moradia é passível de ser impugnada em Juízo, seja na esfera do controle difuso e incidental, seja por meio do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, ou mesmo por

¹¹⁵ FARIA, José Eduardo. Ordem legal x Mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. In: *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*, p. 101-102.

¹¹⁶ SAULE JUNIOR. Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 143.

¹¹⁷ SAULE JUNIOR. Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 144.

intermédio dos instrumentos processuais específicos disponibilizados pela ordem jurídica.¹¹⁸

Este autor continua, afirmando que os juízes e demais operadores do direito têm o dever de aplicarem integralmente os preceitos constitucionais, e também têm autorização, em vista da norma constitucional já mencionada, para concretizarem esses direitos por via interpretativa. Nesta toada, mesmo que as normas de direitos fundamentais pareçam vagas e abertas, seu conteúdo deve ser definido através da utilização de regras de hermenêutica, não sendo necessária a intervenção do legislador para sua aplicação imediata.¹¹⁹

Já com relação à função prestacional do direito à moradia, ainda que se compreenda que ele não possa ser inteiramente provido pelo Judiciário em forma de prestações materiais, tendo em vista principalmente a limitada capacidade prestacional do Estado, também não se pode admitir que esse direito seja totalmente negado, podendo os juízes, na análise dos casos concretos, basearem-se no mínimo existencial para prover ao menos a prestação material necessária para que o indivíduo tenha sua dignidade preservada.

Compreendido o importante papel do Poder Judiciário em aplicar imediatamente e da forma mais eficaz possível o direito à moradia, analisar-se-á adiante os principais obstáculos para a consumação dessa prática junto aos juízes brasileiros, assim como apontar-se-á alguns caminhos que podem ser trilhados para que se realizem as mudanças necessárias para a efetivação do direito fundamental à moradia junto ao Poder Judiciário.

4.2. As dificuldades e os caminhos para a efetivação do direito à moradia pelo Poder Judiciário

Quando analisam o problema da falta de garantia dos direitos fundamentais nas decisões judiciais, os autores estudados iniciam com uma abordagem sobre as deficiências do ensino jurídico e, por consequência, da má formação dos juízes para

¹¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 14.

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 14.

temas como proteção dos direitos humanos e aplicação das normas que tratam deste tema internamente e também no âmbito internacional.

Dallari indica os principais problemas para que exista uma real prática de proteção dos direitos humanos, mostrando que a falta de conhecimento, pelos juízes brasileiros, das normas internacionais de proteção dos direitos humanos e das condições e dos efeitos de sua integração ao ordenamento nacional é uma das principais razões para a não aplicação dessas normas aos casos de conflito social que se apresentam. Isso decorreria, em parte, das deficiências da formação acadêmica desses profissionais, já que as Faculdades ofereceriam apenas noções superficiais sobre esse tema.¹²⁰

Com abordagem similar, Faria faz a diferenciação entre um ensino voltado à tradição normativista-formalista da dogmática jurídica, e outro voltado à formação crítica, que permita que o profissional tenha consciência das implicações de suas funções em nossa sociedade, marcada pelo distanciamento crescente entre a igualdade jurídico-formal e as desigualdades socioeconômicas.¹²¹

Ademais, retornando ao pensamento de Dallari, este coloca a problemática acerca das convicções políticas e jurídicas de muitos juízes, que “*não reconhecem como um dever jurídico o respeito às normas de direitos humanos, ou [que] exigem requisitos formais absurdos quanto à comprovação das violações e da autoria (...)*”¹²². Alguns desses juízes ainda esconderiam suas posições atrás de uma aparência de neutralidade, simulando um desejo de justiça e envolvendo suas decisões em véus de respeitabilidade.¹²³

Outro fator indicado pelo autor é a posição dos juízes que são demasiado formalistas, acreditando ilusoriamente em um positivismo jurídico que acaba colocando o respeito às formalidades acima de objetivos mais importantes, como o da concretização dos direitos fundamentais. Alguns magistrados ainda assumem uma atitude conformista, acreditando que não devem discutir questões políticas ou fazer indagações sobre a justiça, a legitimidade ou sobre os efeitos sociais das leis. O autor aponta esse tipo de comportamento como um dos principais causadores da

¹²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, p. 36.

¹²¹ FARIA, José Eduardo. Ordem legal x Mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. In: *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*, p. 96-97.

¹²² DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, p. 37.

¹²³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, p. 37-38.

impressão popular de que o Poder Judiciário seria “*uma forma legal de promover injustiças*”¹²⁴.

Para além da questão da atuação dos juízes, ainda existem problemas referentes ao Poder Judiciário como instituição, como a falta de estrutura adequada para atender às pessoas carentes, a existência de tradições formalistas intocáveis que não facilitam o acesso à justiça, a falta de atividades de capacitação e atualização dos juízes e servidores, entre outros.¹²⁵

Ainda, Dallari aponta algumas das razões para que as práticas desta instituição sejam vistas como deslocadas da realidade social:

Extensas e minuciosas discussões teóricas, farta citação de autores e de jurisprudência, acolhimento ou refutação dos argumentos dos promotores e advogados, tudo isso gira em torno da escolha da lei aplicável e da melhor forma de interpretar um artigo, um parágrafo ou mesmo uma palavra. São freqüentes as sentenças e os acórdãos dos tribunais recheados de citações eruditas, escritos em linguagem rebuscada e centrados na discussão de formalidades processuais, dando pouca ou nenhuma importância à questão da justiça.¹²⁶

Os relatórios produzidos pela ONU e entidades internacionais de proteção do Direito à Moradia também contêm análises importantes sobre a atuação do Poder Judiciário em relação à efetivação deste direito. A este respeito, o Relatório da Missão Conjunta entre a Relatoria Nacional e a ONU, produzido em 2004, denunciava que não havia, no âmbito do Poder Judiciário, políticas ou medidas que buscassem solucionar as práticas de despejos forçados, e que os juízes e órgãos judiciais também não estavam capacitados para atuar com questões relacionadas aos direitos a terra, à moradia, e à cidade.¹²⁷

Nas observações preliminares à publicação deste relatório, feitas pelo Relator Especial das Nações Unidas em coletiva de imprensa, este ressalta sua preocupação com os indícios de que os órgãos do Judiciário “*não são*

¹²⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, p. 38.

¹²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, p. 77-78.

¹²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, p. 80.

¹²⁷ SAULE JUNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. *O Direito à Moradia no Brasil*. Relatório da Missão Conjunta da Relatoria Nacional e da ONU, p. 136-137.

*suficientemente sensíveis aos direitos dos pobres*¹²⁸. Conseqüentemente, no relatório final, foram feitas recomendações para que o Poder Judiciário brasileiro reconhecesse o direito à proteção jurídica da moradia dos moradores de cortiços e favelas, aplicando as normas nacionais e internacionais de proteção dos direitos humanos. Além disso, indica que essa instituição deve também capacitar os juízes sobre essas normas, adotando medidas administrativas que visem assegurar o acesso da população de baixa renda a todas as instâncias judiciais necessárias para a defesa de seus direitos.¹²⁹

Percebe-se, com base no exposto, que os problemas de aplicação e interpretação das normas instituidoras de direitos fundamentais pelos órgãos do Judiciário podem levar à violação e à falta de proteção destes direitos, de forma que as pessoas atingidas não tenham possibilidade de salvaguardar-se dessas situações recorrendo ao Poder que deveria, em última instância, assegurar a resolução e conciliação dos problemas sociais.

Partindo dos problemas expostos, indicar-se-á algumas medidas e caminhos apontados pela doutrina como parte da solução dessas dificuldades, tentando iniciar o debate que leva a concluir que a resolução de alguns desses problemas poderia contribuir em muito para a efetivação do direito fundamental à moradia em nosso país, melhorando com isso a situação de milhares de pessoas que vivem em condições degradantes em vista da violação ou não-garantia desse direito.

Nesse sentido, Faria destaca que, como forma de reavivar a importância do Poder Judiciário e possibilitar que ele mantenha sua função de absorver tensões, limites e conflitos sociais, devem ser questionados os princípios ideológicos da cultura jurídica nacional, sobretudo: a neutralidade do direito; a visão da norma como ponto de equilíbrio entre interesses conflitantes; e a percepção dos juízes como meros executores de operações lógico-formais. Deste modo, seria possível a este Poder deixar-se sensibilizar pelos segmentos sociais que foram historicamente

¹²⁸ Observações preliminares do Relator Especial das Nações Unidas para a moradia adequada, Miloon Khotari, em sua missão ao Brasil (de 30 de maio a 11 de junho 2004). Texto extraído de Coletiva de Imprensa realizada no dia 11 de junho 2004. Disponível em: http://www.polis.org.br/tematicas.asp?cd_camada2=120&cd_camada3=&cd_camada4=. Acesso em: 16 ago. 2007.

¹²⁹ SAULE JUNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. *O Direito à Moradia no Brasil*. Relatório da Missão Conjunta da Relatoria Nacional e da ONU, p. 44, 85, 100 e 113.

injustiçados pelas instituições jurídicas e que muitas vezes não têm sequer seu acesso à Justiça garantido.¹³⁰

Nesse influxo, acredita este autor que “*a justiça não pode ser reduzida a uma dimensão exclusivamente técnica, devendo ser concebida como instrumento para a construção de uma sociedade verdadeiramente justa*”¹³¹.

De forma semelhante, Dallari aponta que a reforma mais importante a ser realizada no Poder Judiciário é a mudança de mentalidade. Acredita o autor que na atualidade os juízes têm uma preocupação maior com a legalidade do que com a justiça,¹³² e que “*sem juízes bem informados, conscientes de sua responsabilidade social e verdadeiramente comprometidos com a justiça, será quase impossível obter uma proteção real dos direitos humanos*”¹³³. Acrescenta ainda que:

O excesso de apego à legalidade formal pretende, consciente ou inconscientemente, que as pessoas sirvam à lei invertendo a proposição razoável e lógica, segundo a qual as leis são instrumentos da humanidade e como tais devem basear-se na realidade social e serem conformes a esta. Do mesmo modo, a valorização exagerada de autores e doutrinas, característica de uma das expressões do racionalismo do século dezanove denominada “dogmatismo”, induz a contradição semelhante, pois pretende que a pessoa humana se adapte à racionalidade intelectual, mesmo que isso represente uma agressão às pessoas reais e concretas. Ao contrário dessas distorções, os juízes e todo o aparato judiciário devem atuar visando proteger e beneficiar a pessoa humana, procurando assegurar a justiça nas relações entre as pessoas e os grupos sociais.¹³⁴

Além destes aspectos mais gerais, é importante reconhecer o papel do Poder Judiciário como órgão interpretador e aplicador da lei, conforme exposição anterior neste capítulo, e, com isso, indicar medidas que devem ser adotadas no sentido de proteção dos direitos fundamentais, especialmente do direito à moradia. Dessa forma, Saule aponta diretrizes a serem cumpridas pelo Poder Judiciário, Ministério

¹³⁰ FARIA, José Eduardo. Ordem legal x Mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. In: *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*, p. 107-108.

¹³¹ FARIA, José Eduardo. Ordem legal x Mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. In: *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*, p. 96.

¹³² DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, p. 80.

¹³³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, p. 39.

¹³⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, p. 83-84.

Público e Defensoria Pública, que possibilitarão a concretização do direito à moradia como direito fundamental protegido pelo ordenamento jurídico nacional.

A primeira diretriz apontada pelo autor é a do “*reconhecimento das normas internacionais de proteção dos direitos humanos como aplicáveis no sistema legal brasileiro para a proteção do direito à moradia*”¹³⁵. A segunda diretriz determina que se deve compreender o direito à moradia como interdependente e inter-relacionado com os demais direitos humanos, devendo ser dada a este direito a mesma importância dos demais, na solução de conflitos. Em terceiro lugar, os órgãos ligados à realização da justiça devem reconhecer os elementos básicos do direito à moradia, quais sejam: “*segurança jurídica da posse, disponibilidade de serviços e infra-estrutura, custo da moradia acessível, habitabilidade, acessibilidade, localização, adequação cultural*”¹³⁶.

Como quarta diretriz indica o autor que, na aplicação das normas de proteção do direito à moradia, não pode haver discriminação em razão da origem social, posição econômica, origem étnica, sexo, raça ou cor, e principalmente, deve ser reconhecida também aos grupos vulneráveis a titularidade do direito à moradia. Por fim, os despejos forçados devem ser entendidos como contrários à proteção do direito à moradia, devendo os órgãos ligados à justiça tomarem todas as medidas necessárias para conscientizarem seus membros da importância de esta ação não ser utilizada.¹³⁷

Também com relação às medidas que devem ser adotadas pelo Poder Judiciário, o relatório da ONU sobre a situação da moradia no Brasil faz recomendações de que o Judiciário deve capacitar seus membros “*sobre questões urbanas e de moradia, implantar juizados especiais para julgar conflitos de terra, ações de usucapião urbano coletivo, de demarcação de terras e de regularização fundiária, e realizar um mapeamento dos conflitos judiciais de terra em áreas urbanas e rurais*”¹³⁸.

Em vista do exposto, ainda que superficialmente, percebe-se que o Poder Judiciário, de modo geral, não se encontra preparado para atuar em conflitos que tenham por objeto direitos fundamentais, e que, especificamente em relação ao

¹³⁵ SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 137.

¹³⁶ SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 138.

¹³⁷ SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 138.

¹³⁸ SAULE JUNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. *O Direito à Moradia no Brasil*. Relatório da Missão Conjunta da Relatoria Nacional e da ONU, p. 152-153.

direito à moradia, serão necessárias mudanças estruturais dentro do Judiciário para atender a essas questões e, principalmente, em relação à atuação do juiz, serão necessárias medidas de conscientização e capacitação para a efetivação deste direito por via das decisões judiciais.

Conclui-se com o pensamento de Saule, que afirma que *“a evolução do direito brasileiro, como um direito voltado à promoção da justiça social, depende da evolução do pensamento da comunidade jurídica, dos valores fundamentais que devem nortear seu campo de produção do conhecimento e de aplicação da ordem legal instituída”*¹³⁹.

¹³⁹ SAULE JUNIOR. Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, p. 143.

5. CONCLUSÃO

Na tentativa de sistematizar as idéias apresentadas neste trabalho iniciou-se com a questão do problema habitacional e a formação da concepção de um direito à moradia. Nessa toada, concluiu-se que para realizar uma análise do problema habitacional não se pode desvinculá-lo do contexto histórico da formação do capitalismo, já que foi nesta época que a falta de habitação e sua precarização tornaram-se um problema que atingiu um número grande de trabalhadores, fazendo com que surgissem as primeiras análises e estudos acerca deste problema.

Hodiernamente, acredita-se que o problema habitacional envolve outros fatores, além da precarização e falta de moradias, como a questão da valorização desigual do solo urbano, a forma de distribuição dos equipamentos públicos pela cidade, a localização dos terrenos disponíveis para construção de moradias, a especulação imobiliária, entre outros. Isso faz deduzir que na base do problema habitacional está a questão fundiária, ou seja, o problema da propriedade privada utilizada meramente com um fim econômico. Por este motivo, crê-se que apenas quando as propriedades cumprirem suas funções sociais poder-se-á imaginar que o problema habitacional poderá ser amenizado.

Além disso, viu-se que o direito à moradia deve ser encarado autonomamente frente a outros direitos, especialmente em relação ao direito à propriedade, já que para a proteção daquele não é necessária a relação proprietária, tanto é que atualmente existem diversas experiências de concessão de uso de terrenos públicos para moradores de baixa renda, que garantem o direito à moradia a essas pessoas sem a necessidade de terem a propriedade do imóvel. Por isso, considera-se a existência de um grau de fundamentalidade material diferenciado do direito à moradia em relação ao direito à propriedade, já que a moradia está ligada à proteção direta do indivíduo, relacionando-se intrinsecamente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É nesse sentido que o direito à moradia foi inserido em nossa Constituição como um direito fundamental social, tendo sido também positivado por diversos documentos internacionais. Apesar da crise em que se inserem atualmente os direitos fundamentais, especialmente pela descrença em sua real efetivação, acredita-se que podem ser buscadas novas formas para superar as barreiras

existentes, de modo que neste trabalho buscou-se expor brevemente a relação do Poder Judiciário com a efetivação destes direitos.

Em relação à eficácia das normas constitucionais, concluiu-se, analisada a doutrina sobre o tema, que estas normas são diretamente aplicáveis, e que sempre têm um mínimo de eficácia, que varia de acordo com a normatividade de cada uma. Quanto à eficácia das normas instituidoras de direitos fundamentais, acredita-se que elas também têm aplicabilidade imediata, em vista do disposto no art. 5º, § 1º da Constituição. Aqui, em consonância ao pensamento de Canotilho, conclui-se no sentido de que a interpretação dos princípios constitucionais, especialmente os de direito fundamental, deve ser realizada de forma a se reconhecer a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, obrigando os órgãos estatais a atribuírem à norma constitucional “*o sentido que maior eficácia lhe dê*”¹⁴⁰, quando da análise do caso concreto.

Relacionando o exposto com o direito à moradia, não se pode deixar de concluir que este também tem aplicabilidade imediata, em vista de sua positivação constitucional como norma garantidora de direito fundamental social. No que diz respeito à sua eficácia, é necessário realizar a distinção entre o viés prestacional do direito à moradia, e seu viés de direito de defesa, o que quer dizer que a garantia do direito à moradia inclui tanto a proteção contra ingerências que venham a violar uma situação de amparo à moradia, quanto a exigência de prestações de ordem material e normativa, de modo a possibilitar à pessoa que não tem esse direito garantido uma existência com dignidade.¹⁴¹

Sobre o tema, decidiu-se por não aprofundar a análise deste direito enquanto direito a prestações, mas, com relação ao seu viés de defesa, chega-se à conclusão que o direito à moradia tem eficácia plena, podendo ser demandado junto ao Poder Judiciário como forma de defesa contra violações de terceiros e do Estado.

Estas questões têm relação direta com o papel dos juízes na aplicação das normas aos casos concretos, motivo pelo qual se analisa a possibilidade de efetivação do direito à moradia por meio das decisões judiciais, o que leva a perceber a importância do Poder Judiciário como intérprete da norma, como o órgão que tem o poder concretizar ou não este direito.

¹⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1224.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, p. 10.

Nesse sentido, em vista da doutrina analisada, pode-se concluir que o papel de intérprete da lei é precipuamente do Poder Judiciário, não podendo este deixar de aplicar uma norma constitucional instituidora de um direito fundamental por não ter ela seu conteúdo plenamente definido e delimitado. Do mesmo modo, fazer com que uma garantia constitucional dependa de uma lei ou de um decreto para ter sua força reconhecida seria creditar a estes maior importância e normatividade do que às regras constitucionais.¹⁴²

Além do mais, quanto ao direito à moradia em seu viés de direito de defesa, não há controvérsia na doutrina de que o Poder Judiciário deve aplicar diretamente a regra constitucional, resguardando este direito de quaisquer violações, sejam do Poder Público ou de particulares. Já com relação à função prestacional do direito à moradia, ainda que se compreenda que ele não possa ser inteiramente provido pelo Judiciário em forma de prestações materiais, tendo em vista principalmente a limitada capacidade prestacional do Estado, também não se pode admitir que esse direito seja totalmente negado, podendo os juízes, na análise dos casos concretos, basearem-se no mínimo existencial para prover ao menos a prestação material necessária para que o indivíduo tenha sua dignidade preservada.

Por fim, tenta-se abordar as dificuldades existentes para a efetivação do direito à moradia pela via judicial e os caminhos que podem ser seguidos para superá-los. Com relação ao tema, os principais problemas apontados pela doutrina foram: as deficiências no ensino jurídico quanto à questão dos direitos humanos e as formas de sua aplicação; a falta de uma formação crítica, que desenvolva no profissional a consciência das implicações de suas ações na sociedade; a importância dada às formalidades, de modo a colocá-las acima da necessidade de concretização dos direitos fundamentais; a postura conformista de alguns magistrados, que acreditam em uma neutralidade na qual não estão inseridas as questões políticas; a falta de estrutura adequada para atender as pessoas carentes; a falta de atividades de capacitação e atualização dos juízes e servidores sobre os temas relacionados aos direitos fundamentais, especialmente sobre os direitos a terra, à moradia, e à cidade.

Com base nesta análise, concluiu-se que os problemas de aplicação e interpretação das normas instituidoras de direitos fundamentais pelos órgãos do

¹⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, p. 254.

Judiciário podem levar à violação e à falta de proteção destes direitos, de forma que as pessoas atingidas não tenham possibilidade de salvaguardar-se dessas situações, recorrendo ao Poder que deveria, em última instância, assegurar a resolução e conciliação dos problemas sociais.

Assim, partiu-se para a exposição das transformações que podem ser feitas para solução destes problemas, e, com base nos apontamentos da doutrina, acredita-se que é necessária uma mudança de mentalidade nos órgãos jurisdicionais, de modo a perceber que *“a justiça não pode ser reduzida a uma dimensão exclusivamente técnica, devendo ser concebida como instrumento para a construção de uma sociedade verdadeiramente justa”*¹⁴³.

Dessa forma, finaliza-se acreditando que é necessária e possível uma mudança no Poder Judiciário, de modo a concretizar seu papel de protetor dos direitos fundamentais, e assim, modificar a imagem que tem junto à população, mostrando que, ao invés de um causador de injustiças, é o verdadeiro protetor das violações que são cometidas pelo Estado e pelos particulares.

¹⁴³ FARIA, José Eduardo. Ordem legal x Mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. In: *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*, p. 96.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e moradia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. São Paulo: Renovar, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ENGELS, Frederick. *Questão do alojamento*. Lisboa: H. A. Carneiro, 1976.
- FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- FARIA, José Eduardo. Ordem legal x Mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. In: *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2002.
- MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Livro primeiro. Tomo 2. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, nº 57/58, jan./jun. 1981 – ano XIV.
- PROUDHON, Pierre Joseph. *A propriedade é um roubo e outros escritos anarquistas*. Tradução de Suely Bastos. Porto Alegre: L&PM, 2001.
- RIBEIRO, Luiz C. de Queiroz; PECHMAN, Robert M. *O que é questão da moradia*. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAULE JUNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. *O Direito à Moradia no Brasil*. Relatório da Missão Conjunta da Relatoria Nacional e da ONU – 29 de maio a 12 de junho de 2004 – violações, práticas positivas e recomendações ao Governo Brasileiro. São Paulo: Instituto Pólis, 2005.

_____. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VALLADARES, Licia do Prado. *A invenção da Favela: do mito de origem a favela.com*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

VILLAÇA, Flávio. *O que todo cidadão precisa saber sobre habitação*. São Paulo: Global, 1986.